

Sygn. akt KIO/UZP 220/10

WYROK
z dnia 12 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Marek Szafraniec

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydroprojekt Kraków Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, SWECO International AB, 30-660 Kraków, ul. Trybuny Ludów 15** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, 50-950 Wrocław, ul. C.K. Norwida 34** protestu z dnia **18 stycznia 2010 r.**

przy udziale wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: **Hydroprojekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Hydroprojekt Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-182 Warszawa, ul. Dubois 9** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, 50-950 Wrocław, ul. C.K. Norwida 34 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydroprojekt Kraków Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, SWECO International

AB, 30-660 Kraków, ul. Trybuny Ludów 15 i uznania ich oferty za odrzuconą oraz dokonanie ponownej oceny ofert

2. Kosztami postępowania obciąża Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, 50-950 Wrocław, ul. C.K. Norwida 34 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydroprojekt Kraków Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, SWECO International AB, 30-660 Kraków, ul. Trybuny Ludów**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, 50-950 Wrocław, ul. C.K. Norwida 34** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydroprojekt Kraków Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, SWECO International AB, 30-660 Kraków, ul. Trybuny Ludów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydroprojekt Kraków Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, SWECO International AB, 30-660 Kraków, ul. Trybuny Ludów**

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, 50-950 Wrocław, ul. C.K. Norwida 34 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji technicznej wraz z wykonaniem usług towarzyszących dla przedsięwzięcia pn. „Przebudowa i udrożnienie przeciwpowodziowe rz. Nysy Kłodzkiej od zbiornika wodnego Nysa (km 65,10) do rejonu Kubic (km 55,50) wraz z istniejącymi budowlami”, w ramach projektu „Modernizacja zbiornika wodnego Nysa w zakresie bezpieczeństwa przeciwpowodziowego etap I”.

Postępowanie prowadzone jest za podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 18 stycznia 2010 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Hydroprojekt Kraków Sp. z o.o., SWECO International AB, 30-660 Kraków, ul. Trybuny Ludów 14 wnieśli protest na czynność zamawiającego polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia protestującego z postępowania zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 i art. 91 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Protestujący podniósł, że zamawiający wykluczył go z postępowania z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia protestującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty,
- 3) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez protestującego, tj. oferty złożonej przez protestującego jako oferty najtańszej.

W ocenie protestującego zamawiający bezpodstawnie wykluczył go z postępowania stwierdzając, że protestujący nie spełnia postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, albowiem wskazana przez niego usługa dotyczyła remontu, a nie przebudowy istniejącego jazu. Protestujący stwierdził, iż czynność ta jest wadliwa zarówno ze względów formalnych, jak i merytorycznych. Zamawiający nie może bez zewnętrznej przyczyny, jaką jest zasadny protest innego wykonawcy, zmienić swej decyzji, gdyż żaden przepis ustawy nie pozwala mu na to. Zamawiający tylko wówczas mógłby wykluczyć protestującego z postępowania, gdyby okazało się, że światło jazu było mniejsze lub równe niż 3,0 x15,0 m. Ponadto protestujący dowodził, iż zamawiający bezpodstawnie uznał, że wykonywana przez protestującego usługa to projekt remontu, a nie przebudowy jazu.

Zamawiający oddalił protest, w związku z czym w dniu 5 lutego 2010 roku protestujący złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w którym podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w toku badania i oceny ofert, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, pismem z dnia 28 lipca 2009 roku wezwał protestującego do uzupełnienia wykazu wykonanych usług o minimum jedno zadanie (prace zakończone i odebrane), obejmujące wykonanie projektu budowy lub przebudowy jazu ruchomego dla uzyskania jazu klapowego z napędem hydraulicznym o świetle większym od 3,0 x 15,00 m, ze sterowaniem automatycznym urządzeń jazowych oraz dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie. Protestujący pismem z dnia 4 sierpnia 2009 roku złożył uzupełniony wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie, w tym w poz. 3 wykazu usługę „Projekt przebudowy zamknięcia klapowego na rzece Runemo, poniżej elektrowni wodnej „Alfta”.

W dniu 1 września 2009 roku zamawiający wybrał ofertę protestującego jako ofertę najkorzystniejszą. Wobec tej czynności w dniu 8 września 2009 roku protest wniosło konsorcjum Hydroprojekt Sp. z o.o. i Hydroprojekt Wrocław Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum), stawiając zamawiającemu m.in. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia protestującego z postępowania jako wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum stwierdziło, że zakres usług wykonanych przez protestującego, podanych w poz. 3 uzupełnionego wykazu wykonanych usług obejmuje jedynie remont (renowację) klapy bez zmiany jej konstrukcji ani przebudowy betonów jazu, w związku z czym nie jest to przebudowa jazu, ale jedynie remont jego klapy. Wniosek taki Konsorcjum wyciągnęło z treści złożonego przez protestującego listu referencyjnego w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski, gdzie w tłumaczeniu polskim stwierdzono, że dokonano przebudowy klapy, podczas gdy w wersji angielskiej, że dokonano jej remontu.

Zamawiający pismem z dnia 17 września 2009 roku uwzględnił protest w zakresie zarzutów opisanych wyżej, zapowiadając powtórzenie czynności oceny i badania ofert, a oddalając protest w zakresie pozostałych zarzutów. W dniu 21 września 2009 roku zamawiający wezwał protestującego do udzielenia wyjaśnienia, czy protestujący dokonał przebudowy czy też renowacji zamknięcia klapowego na rzece Runemo. W wyznaczonym terminie protestujący wyjaśnił, że projekt robót budowlanych zamknięcia klapowego na zaporze Runemo na rzece Voxnan obejmował przebudowę (w rozumieniu Prawa budowlanego) zamknięcia klapowego.

Ponieważ żaden z wykonawców nie wniósł odwołania, protest został ostatecznie rozstrzygnięty w dniu 28 września 2009 roku. W dniu 1 października 2009 roku zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty złożonej przez protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

Na tę czynność zamawiającego ponownie protest złożyło konsorcjum. Podniosło, że usługa wykonana przez protestującego nie jest przebudową jazu, lecz jedynie remontem jego kłapy. Nadto konsorcjum wskazało, że zamawiający wymagał budowy lub przebudowy jazu o świetle większym od 3 x 15 m, tymczasem jaz kłapowy, na który powołuje się protestujący ma światło równe 3 x 15 m.

Zamawiający uwzględnił jeden zarzut przyznając, że w uzupełnionym wykazie wykonanych usług protestujący podał wymiary zamknięcia jazu kłapowego, nie podając światła jazu. Pismem z dnia 23 grudnia 2009 roku zamawiający wezwał protestującego do złożenia wyjaśnień, jakie światło ma budowla zrzutowa, o której mowa w poz. 3 uzupełnionego wykazu. Protestujący pismem z dnia 30 grudnia 2009 roku udzielił wyjaśnień, wskazując rozpiętość każdego z trzech przęseł jazu oraz określając zakres parametrów technicznych i użytkowych obiektu będącego przedmiotem przebudowy, wskazując w szczególności, co obejmowały prace projektowe w zakresie przebudowy jazu.

Pismem z dnia 6 stycznia 2010 roku zamawiający poinformował protestującego o wykluczeniu go z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Uzasadniając swoje stanowisko stwierdził, że zakres robót przedstawiony przez protestującego dotyczył tego samego typu zamknięcia, a nie – jak wymagał zamawiający – zmiany typu zamknięcia w celu uzyskania zamknięcia kłapowego z napędem hydraulicznym i sterowaniem automatycznym urządzeń jazowych (np. przebudowa jazu sektorowego na kłapowy). Ponadto przedstawiony przez wykonawcę zakres robót na bloku zrzutowym zapory ma charakter typowo remontowy i dotyczy wymiany zużytych i przestarzałych technologicznie elementów obudowy zamknięcia takich jak łożyska, uszczelnienia czy też beli progowych (nie zmieniają się parametry użytkowe ani techniczne obiektu). Charakter robót na konstrukcji zamknięcia kłapowego dotyczył częściowej wymiany poszczególnych elementów konstrukcji kłapy (również charakter robót typowo remontowy) i zmiany geometrii położenia zamknięcia, co jest elementem właściwego montażu konstrukcji zamknięcia w celu uzyskania zakładanej szczelności. Zamawiający stwierdził, że w świetle przedstawionych wyjaśnień nie może zaliczyć przedstawionych robót jako budowa lub przebudowa jazu ruchomego dla uzyskania jazu kłapowego. Przedstawiony zakres robót zmienił jedynie parametry eksploatacyjne obiektu (polepszenie szczelności konstrukcji zamknięcia jazu) wraz z wymianą elementów istniejącej konstrukcji zamknięcia (remont poszczególnych elementów obiektu).

Zamawiający podniósł, iż przez zmianę parametrów użytkowych i technicznych w przypadku obiektu hydrotechnicznego, jakim jest konstrukcja jazu lub bloku zrzutowego

powinno się rozumieć: zmianę typu obiektu (np. przelew stały na przelew ruchomy), zmianę typu zamknięcia (np. zasuwowe na segmentowe), zmianę typu napędów zamknięcia lub sposobu pracy napędów zamknięcia (np. napęd mechaniczny na hydrauliczny), zmianę rzędnych progów stałego lub/i szerokości poszczególnych przęsł przy równoczesnej zmianie wymiarów zamknięcia ruchomego tak, aby nie zmieniły się charakterystyczne parametry dla tego typu obiektu, jakim jest całkowite światło jazu, rzędna korony zamknięcia i wysokość spadu, czyli tzw. zewnętrzne skrajnie obiektu budowlanego, którego charakterem użytkowym jest przerzut wód z górnego stanowiska na dolne.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Wykluczenie odwołującego się z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą uniemożliwia mu bowiem uzyskanie przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy złożył on najkorzystniejszą ofertę z przyjętym kryterium oceny ofert.

Istotą przedmiotowej sprawy było rozstrzygnięcie, czy odwołujący się spełnia wymagane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, tj. czy wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał minimum 1 zadanie (prace zakończone i odebrane) obejmujące wykonanie projektu budowy lub przebudowy jazu ruchomego dla uzyskania jazu kłapowego z napędem hydraulicznym o świetle większym od 3,0 x 15,0 m, ze sterowaniem automatycznym urządzeń jazowych.

W piśmie z dnia 30 grudnia 2009 roku odwołujący się wskazał, na czym polegały prace wykazane w poz. 3 uzupełnionego wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat, tj. prace dotyczące zaprojektowania robót budowlanych na zaporze Runemo na rzece Voxnan w centralnej części Szwecji, będącej częścią Elektrowni Wodnej Alfta.

Na podstawie informacji zawartych w przedmiotowym piśmie zamawiający stwierdził, iż wykazane przez odwołującego się prace nie były zaprojektowaniem budowy ani przebudowy. Stanowisko to było podstawą do wykluczenia odwołującego się z postępowania i zamawiający podtrzymał je na rozprawie.

Jednakowoż stwierdzić należy, że zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie prezentowanego stanowiska. Art. 6 Kodeksu cywilnego, znajdujący zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 14 ustawy Pzp, sytuuje ciężar dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zamawiający winien był zatem udowodnić słuszność podjętej decyzji za pomocą zawnioskowanych środków dowodowych.

Dokonując rozstrzygnięcia Izba wzięła więc pod uwagę dowody przedstawione przez odwołującego się oraz przystępującego. Odwołujący się złożył jako dowód w sprawie opinię dr. inż. Wojciecha Bilińskiego i dr. inż. Kazimierza Piszczka, natomiast przystępujący – opinię dr. inż. Andrzeja Szamowskiego oraz tłumaczenia przysięgłe dokumentów złożonych przez odwołującego się, tj. zaświadczenie o prowadzonych pracach budowlanych przez SWECO na zaporze Runemo oraz informacyjną kartę techniczną (opis projektu) o pracach budowlanych prowadzonych przez SWECO na zaporze Runemo.

Po analizie dokumentów złożonych jako dowody w sprawie Izba postanowiła dać wiarę opinii złożonej przez odwołującego się. Autorzy opinii w sposób szczegółowy i wyczerpujący wykazali, iż wykonane przez odwołującego się prace dotyczyły zaprojektowania przebudowy, nie zaś remontu obiektu budowlanego. Autorzy opinii odnieśli się również do opinii, która została wskazana jako dowód w sprawie przez przystępującego, wskazując, dlaczego opinia ta nie powinna być brana pod uwagę przy rozpoznawaniu niniejszej sprawy.

W szczególności Izba wzięła pod uwagę zawarte w opinii odwołującego się stwierdzenia, iż z postawionego przez zamawiającego warunku nie wynikała konieczność wykazania się zaprojektowaniem przebudowy jazu innego typu aniżeli jaz o zamknięciu klapowym. Zgodnie z treścią opinii warunkowi temu odpowiada również przebudowa, która nie zmienia typu zamknięcia, a nawet sposobu podnoszenia klapy.

Stosownie do treści art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 roku Nr 156, poz. 1118 ze zmianami) przebudową jest wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Według autorów opinii informacja zawarta w opisie projektu, iż korpus bramy został wzmocniony świadczy o tym, iż doszło do zmiany parametrów technicznych, albowiem wzmocnienie elementu konstrukcji zmienia ciężar konstrukcji oraz jego parametry mechaniczne, tj. wytrzymałość i odkształcalność, w tym sztywność.

Izba odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej opinii przedstawionej przez przystępującego. Opinia ta jest bowiem bardzo lakoniczna, ograniczająca się do stwierdzenia, że wskazana przez odwołującego się usługa nie była projektem budowy ani

przebudowy jazu ruchomego dla uzyskania jazu klapowego z napędem hydraulicznym i wskazaniem, co powinien obejmować projekt przebudowy jazu ruchomego innego typu w kierunku jazu klapowego. Opinia nie zawiera żadnego uzasadnienia wskazującego na logiczny tok rozumowania autora opinii. Co prawda Izba zdaje sobie sprawę z tego, iż opinia prywatna uczestnika postępowania nie musi odpowiadać wymogom opinii sporządzanych przez biegłych sądowych, niemniej jednak tezy opinii o tak skąpej treści nie mogły zostać przez skład orzekający Izby uwzględnione.

Należy wszakże podkreślić, iż zarówno opinia odwołującego się, jak i opinia przystępującego sporządzone zostały na zlecenie osób je przedstawiających, w związku z czym nie przysługuje im wiarygodność i moc dowodowa opinii sporządzanych przez biegłych sądowych, lecz jedynie mogą być potraktowane jak dokumenty prywatne, zawierające oświadczenia osób na nie się powołujących. Niemniej jednak Izba oceniła je biorąc pod uwagę ich rzetelność i stopień szczegółowości oraz fakt, iż żadne inne dowody nie zostały Izbie przedstawione.

Odnosząc się zaś do dokumentów, których tłumaczenie przysięgłe złożył przystępujący na rozprawie, stwierdzić należy, iż na informacyjną kartę techniczną powołują się autorzy opinii przedstawionej przez odwołującego się wskazując, iż zawarta tam informacja o wzmocnieniu korpusu bramy świadczy o tym, iż projekt dotyczył przebudowy jazu. Zaświadczenie zaś nie może stanowić dowodu na okoliczność stwierdzenia, jaki charakter miały zaprojektowane prace, albowiem w ocenie Izby istotne dla tego rodzaju rozstrzygnięcia jest nie użyte nazewnictwo, lecz zakres wykonywanych prac.

Odnosząc się do zarzutów formalnych protestu Izba stwierdziła, iż zamawiający uwzględniając częściowo protest z 9 października 2009 roku zapowiedział powtórzenie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby dopuszczalnym była wobec tego ocena oferty pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nawet jeśli protest został uwzględniony z innych względów niż te, na podstawie których zamawiający uznał, że odwołujący się nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z tym, iż w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, na podstawie art. 191 ust. 1a należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz z § 4 ust. 1 pkt lit. a, ust. 2 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....